Einfluss

von

Delation und Acquisition

auf das

Accreszenzrecht der Intestaterben.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde,

der

juristischen Facultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg

vorgelegt

von

Engelbert Ridder,

Referendar beim Königl. Landgericht zu Bonn.

MARBURG.

C. L. Pfeil'sche Univ.-Buchdruckerei.

1885.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550827_0114

Einfluss von Delation und Acquisition auf das Accreszenzrecht der Intestaterben.

Accreszenzrecht findet bei der Intestaterbfolge dann statt, wenn von den zu einer Erbschaft Berufenen Einer oder Mehrere vor dem Erwerbe der ihnen deferirten Erbtheile wegfallen, in der Weise, dass die Theile der Weggefallenen denjenigen Erben, welche ihre Quoten erworben haben oder erwerben werden, nach Verhältniss dieser ihrer Quoten *ipso iure* zufallen. Delation und Acquisition sind hiernach von erheblichem Einfluss auf das Accreszenzrecht der Intestaterben. Die Delation ist zunächst in der Person sowohl des defizirenden Erben als der Miterben desselben die zeitliche und materielle Voraussetzung des Accreszenzrechts, die zeitliche insofern, als nur eine deferirte Quote anwachsungsfähig ist und nur ein berufener Miterbe zum Accreszenzrechte zugelassen wird, die materielle insofern, als der materielle Inhalt der Delation, d. i. die Grösse der einem Intestaterben angebotenen Quote, für die Frage, wieviel demselben von der vakant gewordenen, in ihrer Grösse ebenfalls durch die an den weggefallenen Erben vorher ergangene Delation bestimmten Portion accreszire, und einen wie grossen Theil der ganzen Erbschaft derselbe sonach schliesslich im Ganzen erhalte, massgebend ist. Die Acquisition aber ist seitens des defizirenden (d. i. nachträglich durch Geltendmachung des *ius abstinendi* oder *in integrum restitutio* in Wegfall gekommenen) Erben als unbedingter Ausschliessungsgrund, seitens der Miterben desselben als

die nothwendige Voraussetzung des Accreszenzrechts der Intestaterben zu betrachten. Sobald nämlich ein Erbe seine Quote erworben hat, kann eine spätere Erledigung derselben nicht mehr zum Accreszenzrechte der Miterben führen, während andrerseits nur derjenige Miterbe, welcher seine eigne Quote erworben hat resp. demnächst erwerben wird, mit seiner eignen den ihm gebührenden Theil der vakant gewordenen Portion *iure accrescendi* erwerben kann.

Diese das Verhältniss von Delation und Acquisition zum Accreszenzrechte der Intestaterben in allgemeinem Umrisse darstellenden Sätze sollen in der gegenwärtigen Abhandlung einer näheren Prüfung unterzogen werden.

Nur die einem Intestaterben deferirte Quote kann für den Fall seines späteren Wegfalls vom Accreszenzrechte der Miterben erfasst werden, während die von einem Intestaterben bereits acquirirte Quote vom Accreszenzrechte stets ausgeschlossen ist. Delation und Acquisition umschliessen sonach auf Seiten des defizirenden Erben die kritische Zeit, innerhalb welcher Accreszenzrecht unter Intestaterben überhaupt möglich ist. Jedoch die Delation bildet nicht blos in der Person des defizirenden Erben die Voraussetzung des Accreszenzrechts, sondern auch bezüglich derjenigen Erben, welchen die erledigte Portion accreszirt. Die Delation der Erbschaft an die Intestaterben ist nämlich eine einheitliche und findet — abgesehen von den später zu erörternden anomalen Fällen, in welchen ein *venter* erbberechtigt ist — an die sämmtlichen Intestaterben stets zu derselben Zeit statt[1]).

---

[1]) Bei der testamentarischen Erbfolge ist die Möglichkeit vorhanden, dass den einzelnen Erben in verschiedenen Zeitpunkten ihre Erbtheile deferirt werden — z. B. wenn einige Erben unter Suspensivbedingungen, andre unbedingt eingesetzt sind — bei der Intestaterbfolge findet dagegen die Delation an die gleichberechtigten Intestaterben stets in demselben Zeitpunkte statt. Im Falle der *successio graduum et ordinum* ist freilich eine zeitlich von der ersten Berufung getrennte Nachberufung möglich, dann nämlich, wenn die sämmtlichen Erstdelaten weggefallen sind. Es findet aber in diesem Falle eben eine neue Gesammtdelation statt, welche ebenso, wie die erste Delation in sich als eine einheitliche anzusehen ist, da die

Zunächst entsteht sonach die Frage: Wann ist eine Erbschaft bezw. Erbschaftsquote *ab intestato* deferirt? Die Antwort auf diese Frage finden wir in *l.* 151 *D. de verb. signif.* 50, 16.

Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.

---

sämmtlichen Zweitdelaten ebenfalls zu gleicher Zeit berufen werden. Eine spezielle Nachberufung dagegen, in dem Sinne, dass nach Wegfall eines der mehreren Erstdelaten der in demselben *ordo* stehende, durch den Erstdelaten ausgeschlossene Intestaterbe als Zweitdelat gerufen werde, ist nach unserer Ansicht im justinianischen Rechte nicht als *lex lata* zu betrachten. Nov. 118 und 127 enthalten nur Bestimmungen über die erste Berufung. Hinsichtlich des Verfahrens, welches dann eintritt, wenn die erste Berufung eines einzelnen oder sämmtlicher Intestaterben zu einer vollen Beerbung des Verstorbenen nicht führt, haben die Novellen offenbar das frühere Recht in Geltung gelassen. Es kann nun aber nicht bestritten werden, dass das vorjustinianische Recht eine spezielle Nachberufung nicht gekannt hat, und muss sogar zugegeben werden, dass dieselbe erst durch die justinianische Erbfolgeordnung möglich geworden ist. Diese Möglichkeit wird nun von den meisten Verfechtern der speziellen Nachberufung zur Gewissheit erhoben, indem sie letztere als logische Consequenz jener Möglichkeit betrachten. Man gelangt zu diesem Resultate durch extensive Interpretation der Novellen 118 und 127 und sagt, dadurch, dass Justinian Verwandte entfernteren und näheren Grades in der ersten, zweiten und dritten Klasse seiner Erbfolgeordnung überhaupt neben einander berufe, habe er auch für den Fall, wenn ein den Verwandten entfernteren Grades ausschliessender Aszendent die ihm deferirte Quote nicht erwerbe, intendirt, dass alsdann nicht Accreszenzrecht der Miterben, sondern vielmehr Nachberufung dieses in derselben Klasse mit den übrigen Delaten erbberechtigten Verwandten entfernteren Grades stattfinden solle. Eine so weit gehende Interpretation ist jedoch unseres Ermessens als unzulässig zu erachten, da durch dieselbe in das Gesetz etwas hineingelegt wird, worüber der Gesetzgeber Bestimmungen zu treffen keineswegs die Absicht hatte. Zugegeben, dass die spezielle Nachberufung *de lege ferenda* den unbedingten Vorzug vor der strengen Durchführung des Accreszenzrechts verdient, dass sonach auch Justinian wohl daran gethan hätte, dieselbe in seiner Erbfolgeordnung anzuerkennen, so darf doch von der Thatsache nicht abgesehen werden, dass sich in den Gesetzen Justinians eine solche Anerkennung nirgendwo findet, dass auch sowohl der Wortlaut, wie der Inhalt der beiden vorerwähnten Novellen als Absicht des Gesetzgebers nichts Anderes, als die Neuregulirung der ersten

Die Delation wird hier mit der Acquisition in der Weise in Verbindung gebracht, dass die Möglichkeit der letzteren die erstere bedingt. Da aber nach dem in *l.* 18 *D. de acquir. vel om. her.* 29, 2 ausgesprochenen Satze:

Is potest repudiare, qui et acquirere potest

die Möglichkeit der Acquisition auch die Möglichkeit der Repudiation der Erbschaft umfasst, wird man korrekter und vollständiger sagen, dass eine Erbschaft resp. Erbschaftsquote in dem Momente als deferirt gilt, in welchem dem

---

Delation erkennen lässt, dass aber die Normirung der zweiten und weiteren Delation vollständig ausserhalb des Rahmens der Novellen liegt. Wenn sodann zu Gunsten der speziellen Nachberufung Billigkeitsrücksichten angerufen werden, — und hierin liegt bei vielen Vertheidigern derselben die Hauptstärke ihrer Beweisführung —, so müssen diese im justinianischen Rechte jedenfalls wegfallen, da Justinian selbst die in der Bevorzugung des Accreszenzrechts vor der speziellen Nachberufung liegenden Härten durch eine bereits im Jahre 529 von ihm erlassene Constitution (*l. un. C. de iur. delib. et de ad. vel. acquir. her.* 6, 30), in welcher er das früher beschränkte Transmissionsrecht auf alle Erben ausdehnte, soweit als nöthig, beseitigt hat. Von den vielen über die hier berührte Streitfrage vorhandenen Abhandlungen sind hervorzuheben:

Francke, Über die Collision des Accreszenzrechts und der *graduum successio*, Beiträge I, Göttingen 1828, S. 167 ff.;

von Helmolt, das Accreszenzrecht und die *successio graduum* der Novellen 118 und 127, Giessen 1855;

Leonhard, Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der *successio graduum* vor dem Accreszenzrechte nach römischem Rechte, Halle 1874;

Fitting, im Archiv für civilistische Praxis, Band 57, S. 149 ff.;

Kohler, daselbst, Band 59, S. 87 ff.

Es ist sonach daran festzuhalten, dass, sobald die Erbschaft denjenigen Intestaterben, welche kraft Gesetzes den ersten Anspruch auf dieselbe haben, deferirt ist, andre Personen sich in diese Delation — abgesehen von dem Falle ausserordentlicher Transmission — nicht hineindrängen können, dass vielmehr der Wegfall eines Delaten nur den Mitdelaten, aber keinem ausserhalb der Delation stehenden Verwandten des Erblassers ein Recht, an die Stelle des Weggefallenen zu treten, verleiht. Erst wenn die ganze Delation durch Wegfall sämmtlicher Delaten erschöpft ist, tritt im Wege der *successio graduum vel ordinum* eine generelle Nachberufung an die nunmehr nächstberechtigten Intestaterben ein.

Erben das Wahlrecht, dieselbe anzutreten oder auszuschlagen, angetragen wird [2]). Dieser Moment ist nun aber in verschiedenen Fällen ein verschiedener.

In der Regel wird dem Intestaterben das vorgedachte Wahlrecht gleich in dem Augenblicke des Todes des Erblassers eröffnet.

Da aber die die Intestaterbfolge regelnden Gesetze — abgesehen etwa von den Bestimmungen über Noth- und Pflichttheilserben — den Charakter von *leges cogentes* nicht an sich tragen, indem sie nur für den Fall, dass der Erblasser selbst über sein Vermögen letztwillig nicht verfügt hat, zu gelten intendiren, so wird der in einem gültigen Testamente zum Ausdruck gelangte Wille des Erblassers der gesetzlichen Erbfolge stets vorgehen. Liegt daher ein gültiges Testament vor, so wird hierdurch die Intestaterbfolge jedenfalls vorab suspendirt und die Erbschaft zunächst denjenigen Personen deferirt, welche in dem Testamente zu Erben eingesetzt sind. Tritt jedoch der Fall ein, dass alle testamentarischen Erben, sei es weil sie nicht antreten wollen oder weil sie aus irgend einem Grunde nicht Erben werden können, in Wegfall kommen (*testamentum destitutum*), so findet die Intestaterbfolge statt, da dieser, welche nur infolge entgegengesetzter Disposition des Erblassers ausgeschlossen war, jetzt, da letztere wirkungslos geworden, Nichts mehr entgegensteht. Wesentlich unterscheidet sich aber die nunmehr eintretende Intestaterbfolge von dem

---

2) Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts, S. 249 ff. Köppen bezeichnet hier die Delation resp. das aus ihr entspringende Recht mit dem Ausdrucke Erbrecht. An und für sich liesse sich gegen diese Bezeichnung Nichts einwenden, insofern man das Recht, Erbe zu werden, welches ja offenbar durch die Delation gewährt wird, recht wohl Erbrecht nennen könnte. Da jedoch der allgemeine Sprachgebrauch unter dem Worte Erbrecht (selbstverständlich in subjektiver Beziehung) nur das aus der bereits vollzogenen Succession entspringende Recht versteht, kann es nur zu Zweideutigkeiten führen, wenn auch schon das aus der Berufung hergeleitete Recht als Erbrecht bezeichnet wird. Vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., §. 536 Note 3.

normalen Falle, in welchem ein Testament überhaupt nicht vorliegt, dadurch, dass der Moment der Delation nicht mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers zusammenfällt. Dieser Moment ist vielmehr hier hinausgerückt auf den Zeitpunkt, in welchem der letzte der in dem destituirten Testamente eingesetzten Erben weggefallen ist. *L.* 39 *D. de a. v. o. h.* 29, 2 stellt nämlich den allgemeinen Satz auf:

> *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.*

Aus dieser Stelle geht hervor, dass die Delation der Erbschaft an die Intestaterben beim Vorhandensein eines Testamentes nur dann eintritt, wenn aus dem Testamente Keiner Erbe werden kann[8]).

Hat der Erblasser aber ein von vornherein ungültiges Testament hinterlassen, so erfolgt die Delation der Erbschaft an die Intestaterben nicht etwa in dem Momente, in welchem die von den Testamentserben vielleicht bestrittene Ungültigkeit durch richterliches Urtheil ausgesprochen wird, sondern stets gleich im Momente des Todes des Erblassers; denn das richterliche Urtheil schafft hier nicht erst die Ungültigkeit, sondern deklarirt die bereits vorhandene. Zu den von vornherein ungültigen Testamenten ist unserer Ansicht nach namentlich auch ein den Vorschriften der *nov.* 115 *cap.* 3 und 4 nicht entsprechendes Testament zu zählen. Aus dem Inhalte und Geiste der in dieser Novelle enthaltenen Bestimmungen über das Notherbrecht geht nämlich klar herher, dass dieselben weniger das Privatinteresse zu schützen, als vielmehr das allgemeine und öffentliche Interesse, welches der Staat und die Gesellschaft daran haben, dass die durch die nächsten Bande der Blutsverwandtschaft verbundenen Personen einander nicht leichtsinnig und ohne Grund in ihren

---

[8]) Vgl. noch: §. 6 *J. de leg. agnat. succ.* 3, 2; §. 7 *J. de her. quae ab int. def.* 3, 1; *l.* 89 *D. de reg. iur.* 50, 17; *l.* 7 *D. si tab. test. null. exstab.* 38, 6; *l.* 1 §. 8 *D. de suis et leg.* 38, 16; *l.* 6 *pr. D. de inj. rupt.* 28, 3; *l.* 9 §. 2 *D. de lib. et post. her.* 28, 2; *l. un. C. commun. de succes.* 6, 59.

Testamenten übergehen, zum Ausdruck zu bringen und zu wahren intendiren. Für diese Auffassung spricht ganz besonders auch der Umstand, dass dann, wenn der Notherbe auch auf einen noch so geringen Theil der Erbschaft zum Erben eingesetzt ist, das Testament seine volle Wirkung behält und dem Notherben, nur soweit er Pflichttheilserbe ist und seinen Pflichttheil nicht erhalten hat, die gegen seine Miterben zu richtende *actio ad supplendam legitimam* zusteht[4]). Trägt aber die Novelle den Charakter einer *lex publica*, so ist die nothwendige Folge hiervon die, dass ein Testament, welches ihre Vorschriften verletzt, als ein von vornherein ungültiges betrachtet werden muss, dass es sonach keineswegs allein der Willkür des persönlich verletzten Notherben anheim gegeben ist, sich auf seine Verletzung stützend, die Wirkungslosigkeit des Testaments etwa durch Klage oder schon durch blosse Willenserklärung herbeizuführen. Die Verletzung eines Notherben in einem Testamente führt daher stets dazu, dass schon im Augenblicke des Todes des Erblassers die Erbschaft den Intestaterben deferirt wird, mit der Beschränkung freilich, dass diejenigen Dispositionen des Testaments, welche nicht Erbeinsetzungen darstellen, aufrecht zu erhalten und von den Intestaterben zu erfüllen sind.

Verschiebungen der Delation in eigenthümlichster Weise treten dann ein, wenn zur Todeszeit des Erblassers ein *postumus in ventre* vorhanden ist, der entweder als Notherbe bei vorhandenem Testament oder als Intestaterbe, sofern ein solches nicht hinterlassen ist, einen Anspruch auf die Erbschaft hat.

Bezüglich des ersten Falles, wenn der Erblasser ein Testament hinterlassen hat, ist zunächst zu fragen, ob einem *postumus* dann, wenn er zu den in *nov.* 115 *cap.* 3 benannten Personen gehört, das Recht dieser Novelle zur Seite steht. Diese Frage kann unseres Erachtens nur verneint werden. Das Civilrecht hat nämlich stets das Notherbrecht des *suus*

4) Windscheid *l. c.* §. 582 Note 6.

postumus wegen seiner Eigenthümlichkeit von dem Notherbrecht der übrigen *sui* unterschieden und besonders behandelt. Justinian selbst hat noch im Jahre 530 zwei Constitutionen [5]) über dasselbe erlassen, und sicherlich würde er, wenn er beim Erlass der *nov.* 115 daran gedacht hätte, das Notherbrecht sämmtlicher Deszendenten, ohne Unterschied, ob sie bereits *in vita* oder noch *in ventre* seien, zu verbinden und gleichzustellen, dies ausdrücklich erklärt haben. Eine derartige Erklärung ist aber in der Novelle nicht enthalten, und bleibt somit nur die eine Annahme übrig, dass Justinian bezüglich der *sui postumi* das bestehende Recht hat in Geltung lassen wollen und wirklich auch in Geltung gelassen hat. Das Civilrecht bestimmte aber in dieser Beziehung, dass durch die nach dem Tode des Testators erfolgende Geburt eines *suus* das ihn durch Präterition verletzende Testament rumpirt und Delation der Erbschaft an die Intestaterben stattfinden solle. Der Satz: „*Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de eius commodo agitur*" ist nun aber in Anwendung auf unsern Fall nicht in der Weise zu interpretiren, dass die Ruption des Testaments zurückwirke auf den Moment des Todes des Erblassers, dass daher in diesem Momente die Erbschaft als an die Intestaterben deferirt gelte, indem damals schon der *nasciturus* als *natus* habe angesehen werden müssen, — die Wirkungslosigkeit des Testaments, und folgeweise die Delation der Erbschaft an die Intestaterben, tritt vielmehr erst in dem Augenblicke ein, in welchem es gewiss ist, dass die Schwangerschaft mit der Geburt eines Kindes geendet hat, dass sonach der *nasciturus* auch wirklich *natus* geworden ist [6]). Einen deutlichen Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung liefert *l.* 84 *D. de a. v. o. h.* 29, 2:

Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; sed si vacuo ventre mulier

---

[5]) *l.* 3 und 4 *C. de post. her.* 6, 29.

[6]) Köppen *l. c.* S. 201; Georg Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt, München 1876, S. 29 ff.

fuit et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intellegitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia, sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est. In dieser Stelle wird zunächst gesagt, dass, solange die Ruption des Testaments drohe, Delation der Erbschaft an die Testamentserben keinesfalls statt finde, sodann aber auch dem hier in Betracht kommenden Prinzip Ausdruck verliehen, dass nämlich erst nach eingetretener Ruption den Intestaterben die Erbschaft deferirt werde. Denn träte die in den Worten: *sive frater ei nascatur* gesetzte Alternative ein, so würde das Testament, in welchem der *filius* zum Erben eingesetzt ist, zwar rumpirt, gleichwohl würde derselbe, falls er beim Eintritte der Ruption noch lebte, *ab intestato* zur Erbschaft seines Vaters gerufen werden. Falls er aber in diesem Zeitpunkte nicht mehr lebt, soll er bezw. sein Erbe gegen die nachtheiligen Folgen des vorerwähnten Prinzips geschützt werden. Gerade aus der Frage: *nonne iniquum erit, interea* (d. i. in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Geburt des *postumus) defunctum filium heredi suo relinquere nihil?* und dem Ausdrucke: *decreto filio succurrendum est* geht aufs Klarste hervor, dass der Prätor, um dem *filius* gegenüber die für ihn in der strengen Ausführung unseres Prinzips liegende *iniquitas* zu mildern, dadurch dass er dem Erben desselben *causa cognita* eine *bonorum possessio decretalis* verleiht, eine Ausnahme von der Regel schafft, welch' letztere hierdurch in ihrer praktischen Anwendbarkeit zwar eingeschränkt, im Uebrigen aber als Prinzip nur bestätigt wird.

Da sonach die Erbschaft beim Vorhandensein eines den *suus postumus* nicht berücksichtigenden Testaments weder den testamentarischen noch den gesetzlichen Erben deferirt

wird, so tritt ein gewisser Schwebezustand ein, in welchem das Erbvermögen als *hereditas iacens* im eigentlichsten Sinne erscheint, da eben vorab die Möglichkeit jeden Erwerbs ausgeschlossen ist. Die Frage aber, wer schliesslich zur Erbschaft gelange, bezw. wem die Möglichkeit, dieselbe zu erwerben, eröffnet wird, findet erst im Augenblicke der Geburt das *postumus* ihre Entscheidung. Erfolgt eine Todt- oder Fehlgeburt, so bleibt das Testament bestehen, erfolgt dagegen die Geburt eines lebenden Kindes — *si vivus ad orbem totus processit* —, mag dasselbe auch sofort nach der Geburt gestorben sein — *licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit* —, so ist das Testament rumpirt und wird die Erbschaft im Momente der Ruption den Intestaterben deferirt[7]).

In ähnlicher Weise wird die Delation der Erbschaft an die Intestaterben über die Todeszeit des Erblassers hinaus verschoben, wenn der Erblasser ein Testament nicht hinterlassen hat, zu seiner Todeszeit aber ein *postumus in ventre* existirt, der, wenn er lebte, entweder allein oder neben andern zur Erbschaft als Intestaterbe berufen sein würde. Es gilt auch hier im Allgemeinen das oben für den Fall der Ruption des Testaments aufgestellte Princip, dass die Delation der Erbschaft in dem Momente der Geburt des *postumus* statt finde. Auch hier tritt zunächst ein gewisser Schwebezustand ein, der erst durch die Geburt des *postumus* beendigt wird.

Für den Fall, dass der *postumus*, wenn er zur Todeszeit des Erblassers lebte, der einzige Intestaterbe sein würde, hat die Anwendung unseres Prinzips weder theoretische,

---

7) *l.* 2 und *l.* 3 *C. de post. her.* 6, 29. Dass im Falle einer Fehlgeburt das Testament seine Gültigkeit behält, ist in *l* 2 cit. ausdrücklich bestimmt, dass es sich aber im Falle einer Todtgeburt geradeso verhält, kann nach *l.* 3 cit., wo es heisst, dass nur ein lebendes Kind, *ad nullum declinans monstrum vel prodigium*, geeignet sei, ein vorhandenes Testament zu rumpiren, nicht bezweifelt werden. Vgl. auch Krieg, *l. c.* S. 35, Note 49.

noch praktische Bedenken. Auch findet dasselbe in den Quellen seine volle Bestätigung. *L.* 3 *D. si pars hered. pet.* 5,4:

Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent, sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id, quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci potest.

Dass zunächst dem *postumus* erst im Momente seiner Geburt deferirt wird, kann nach dem Wortlaute dieser Stelle keinem Zweifel unterliegen, da hier gerade das *tempus nascendi* als die Zeit bezeichnet wird, in welcher dem *postumus* das ihm reservirte Erbrecht angetragen wird. Wenn es sodann in der Stelle weiter heisst, „dass die entfernteren Agnaten nicht zugelassen werden, solange es ungewiss ist, ob ein *postumus* geboren werden könne", so geht hieraus klar hervor, dass, falls es dazu kommen sollte, dass die entfernteren Agnaten zugelassen werden, diese Zulassung nur zu einer Zeit geschehen kann, in welcher es gewiss geworden ist, dass ein *postumus* nicht ins Leben tritt. Die hier in Betracht kommenden Fälle, in welchen eine solche Gewissheit eintritt, sind die der Todt- und Fehlgeburt[8]). Hinsichtlich der Fehlgeburt finden wir unser Prinzip in *l.* 30 §. 4 *D. de a. v. o. h.* 29,2 ausdrücklich bestätigt, da hier ein vor erfolgter Fehlgeburt geschehener Antritt der Erbschaft für nichtig erklärt wird. Ist aber der Antritt im gegebenen Falle unwirksam, so kann auch die Delation, welche die Möglichkeit eines wirksamen Antritts in sich begreift, nicht eher stattfinden, bis diese Möglichkeit vorhanden ist. Bezüglich der Todtgeburt trifft *l.* 8 §. 1 *D. de suis et leg. her.* 38,16 eine nur im Sinne unseres Princips zu erklärende Entscheidung.

---

[8]) Erfolgt eine Geburt überhaupt nicht, indem die behauptete Schwangerschaft sich als eine scheinbare oder erdichtete erweist, so findet die Delation der Erbschaft an die *necessarii heredes* zur Todeszeit des Erblassers, an die *voluntarii heredes* in demjenigen Zeitpunkte statt, in welchem sie von der Thatsache der Nichtschwangerschaft Kenntniss erlangt haben. *l.* 30 §. 1, *l.* 84 *D. de a. v. o. h.* 29, 2.

Ist der *venter* jedoch nicht der einzige Intestaterbe, existiren vielmehr zur Todeszeit des Erblassers andere gleichberechtigte lebende Intestaterben, so würde es unbillig sein, diesen nunmehr zuzumuthen, mit dem Antritte der Erbschaft zu warten, bis die Schwangerschaft beendigt ist und sich entschieden hat, ob und wie viele *postumi* etwa geboren werden. In Anerkennung dieses Umstandes hat das römische Recht daher hier eine in der Natur der Sache begründete Ausnahme von dem vorerwähnten Prinzip geschaffen, indem es die Delation der Erbschaft an die gleichberechtigten Intestaterben schon sofort im Momente des Todes des Erblassers eintreten lässt, berücksichtigt aber hierbei den *venter* in der Weise, dass für ihn drei Portionen reservirt werden[9]). Den neben dem *venter* berechtigten Intestaterben wird sonach nur soviel deferirt, als ihnen für den Fall, dass zur Todeszeit des Erblassers drei Kinder bereits geboren wären, zustehen würde. Diese Delation ist jedoch bezüglich der Grösse der einzelnen Quoten nur als eine provisorische anzusehen, welche erst mit der Geburt des *postumus* bezw. der mehreren *postumi* zu einer definitiven wird. Als Zeitpunkt der Delation aber, nach welchem zu beurtheilen ist, unter welche Personen und wie unter diese die Erbschaft vertheilt wird, kann nur die Todeszeit des Erblassers in Betracht kommen. Hierdurch unterscheidet sich dieser Fall wesentlich von den beiden vorigen Fällen, in welchen die Delation mit Rücksicht auf den *venter* über die Todeszeit des Erblassers hinaus verschoben wird. In dem gegenwärtigen Falle wird nur ein sonst freilich durchaus zum Wesen der Delation gehöriger Bestandtheil derselben, nämlich die Quotenbestimmung, bis zur Geburt des *postumus* oder der mehreren *postumi* hinausgeschoben, während die Art der Theilung und die Frage, welche Personen hierbei zugelassen werden, lediglich und allein nach der Todeszeit des Erblassers zu beurtheilen und zu entscheiden ist. In diesem Sinne ist auch die von vielen

---

9) *l.* 3 *D. si pars hered. pet.* 5, 4; *l.* 20 *D. de iud.* 5, 1.

Schriftstellern für das Accreszenzrecht angezogene und diesem subsumirte *l.* 4 *D. si pars hered. pet.* 5,4 zu verstehen:

Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere, si plures quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.

Von Accreszenzrecht in dem von uns eingangs dieser Abhandlung dargestellten Sinne kann hier keinesfalls die Rede sein, da der Erbtheil, der hier den Miterben nach der Delation ihrer ursprünglichen Quoten eventuell zufällt, ja noch Niemandem deferirt, sondern nur für eine demnächst vielleicht eintretende Delation reservirt war. Fragen wir aber nach dem Rechtsgrunde, aus welchem die hier nach der Geburt frei werdenden Erbtheile den Miterben zufallen, so findet diese Thatsache ihre volle Erklärung in dem, was oben bereits angedeutet wurde, dass nämlich die schon zur Todeszeit des Erblassers stattfindende Delation erst in dem Momente, in welchem es gewiss geworden ist, wie viele *postumi* geboren werden, endgültig sich auf bestimmte Quoten erstreckt und somit erst in diesem Momente definitiv und perfekt wird. Es ist dies die einfachste und natürlichste Erklärung, welche auch am besten der Auffassung der Quellen entspricht.

Vollständig unbestimmt ist die den zur Todeszeit des Erblassers lebenden Intestaterben deferirte Quote dann, wenn *postumi* von mehreren Müttern erwartet werden. In diesem Falle erstreckt sich die Delation zunächst nur auf eine *incerta pars*. Diese wird zu einer *certa* erst dann, wenn sich entschieden hat, wie viele *postumi* von den mehreren Müttern geboren worden sind.

L. 1 §. 5 *D. si pars hered. pet.* 5,4:

. . . . . *utputa, est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est, quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi.*

Auch hier kann, wenn etwa der in dieser Stelle bezeichnete *fratris filius* nach der Geburt der *postumi* mehr zu be-

anspruchen berechtigt ist, als ihm vorab vielleicht auf seine Agnition hin vom Prätor zugewiesen wurde, nicht von Accreszenz, sondern ebenfalls nur von einer bezüglich der Grösse der Quote zunächst unbestimmten und erst mit der Geburt der *postumi* in dieser Beziehung zu definitivem Abschluss gelangenden Delation gesprochen werden.

Aehnlich wie bei der Destitution des Testaments den Intestaterben die Succession eröffnet wird, werden, nachdem die nächstberechtigten Intestaterben, ohne die Erbschaft erworben zu haben, weggefallen sind, diejenigen Intestaterben berufen, welche nach diesen die nächstberechtigten sind, das sind diejenigen, welche, wenn die Erstdelaten nicht vorhanden gewesen wären, von vornherein zur Erbschaft berufen sein würden, sofern sie nicht zwischenzeitlich weggefallen sind. Eine solche successive Delation ist nun aber im römischen Rechte unter den Intestaterben nicht von jeher anerkannt worden. Im alten Civilrecht war sie ganz ausgeschlossen: *In legitimis hereditatibus successio non est.* Der Prätor aber hat ihr bei der *bonorum possessio* eine ausgedehnte Anwendung verliehen, und die letzten Schranken ihrer Geltung hat schliesslich Justinian beseitigt[10]). Da nun, wo die *successio graduum et ordinum* Anwendung findet, ist als Zeitpunkt der zweiten Berufung selbstverständlich der Moment anzusehen, in welchem der letzte der Erstdelaten, ohne erworben zu haben, weggefallen ist.

Die Delation der Erbschaft an die Intestaterben findet sonach in vielen Fällen nicht zur Todeszeit des Erblassers, sondern in einem späteren Zeitpunkte statt. Massgebend für das Accreszenzrecht ist aber immer nur der Zeitpunkt der Delation und ist daher für die Beurtheilung der Frage, ob Accreszenzrecht stattfinde oder nicht, stets erforderlich, genau festzustellen, wann ein Erbtheil als *ab intestato* deferirt zu betrachten ist. Erst die Delation bringt nämlich den Erben in eine persönliche Beziehung zur Erbschaft, sie erst

[10]) Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts I (1863), S. 254 ff.

eröffnet ihm die Möglichkeit, die Erbschaft oder eine bestimmte Quote derselben zu erwerben. Vor der Delation steht der Erbe dem Vermögen des Erblassers noch vollständig fremd gegenüber. Sein Verhältniss zu demselben ist nichts Anderes, als das einer ungewissen Exspektanz, da ja immer noch Ereignisse eintreten können, welche seine Berufung vereiteln. Fällt daher Jemand, der, wenn er zur Zeit der Delation der Erbschaft an die Intestaterben gelebt hätte, berufen worden wäre, vor der Delation, wenn auch nach dem Tode des Erblassers, weg, so tritt freilich in manchen Fällen bezüglich der nunmehr eintretenden Vertheilung der Erbschaft ein Resultat ein, welches dem durch Accreszenzrecht herbeigeführten im Wesentlichen gleich ist. Die Quote der einzelnen Intestaterben würde, wenn der vor der Delation Weggefallene noch lebte, geringer sein; der Wegfall aber hat sie vergrössert, jedoch keineswegs *iure accrescendi.* Es erstreckt sich vielmehr jetzt die Delation schon von vornherein auf die von den Intestaterben endgültig erworbene Quote, während beim Eintreten des Accreszenzrechts die ursprüngliche Delation sich auf eine geringere Quote erstreckt, welche erst später eine *ipso iurae* erfolgende Vergrösserung erfährt, so dass in solchem Falle die endgültig erworbene Quote aus der eignen und einer nach der Delation noch hinzutretenden fremden Portion sich zusammensetzt.

Die Delation ist jedoch nicht blos die zeitliche Voraussetzung des Accreszenzrechts, sondern bildet auch die Grundlage für den infolge des Accreszenzrechts eintretenden Theilungsmodus[11]). Es fällt nämlich die accreszirende Portion den Intestaterben, welche ihre Quoten erworben haben oder erwerben werden, nach Verhältniss der ihnen ursprünglich deferirten Quoten als eine Vergrösserung dieser zu, mit der Massgabe zwar, dass die in demselben Stamme oder der-

---

11) Baumeister, Das Anwachsungsrecht unter Miterben, Tübingen 1829, S. 57 ff.; Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Band 43, S. 292 ff.; Büchel, Civilrechtliche Erörterungen II, 2, S. 230 ff.; Krieg *l. c.* S. 3 ff.

selben Linie Berufenen unter einander den übrigen Miterben gegenüber einen Vorzug beim Accreszenzrechte besitzen [12]). Die eigne Quote bildet aber, sobald Accreszenzrecht eintritt, stets die feste und unabänderliche Grundlage für die Vertheilung der freigewordenen, den Miterben zufallenden Portion.

Von vielen Schriftstellern [13]) wird jedoch für das durch Accreszenz herbeigeführte Theilungsverfahren ein anderes Prinzip aufgestellt, welches Fitting (*l. c.* S. 153) dahin präzisirt:

> „dass, wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht wirklich Erbe wird, Alles juristisch so zu behandeln ist, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre."

Die Consequenz dieses Satzes ist die, dass die Vertheilung einer Erbschaft sich nicht nach dem Momente der Delation, sondern nach dem Momente der Acquisition richtet, dass sonach die Grösse der einem von mehreren Intestaterben zufallenden Quote erst in demjenigen Momente gewiss wird, in welchem es sich herausgestellt hat, welche Personen wirklich Erben werden. Der Wegfall eines Miterben führt hiernach nicht zu dem von uns oben hervorgehobenen Resultate, dass die erledigte Quote unter die Miterben nach Verhältniss ihrer ursprünglichen Quoten vertheilt werde, sondern bewirkt, dass jetzt eine neue nach der Anzahl und der Berechtigung der nunmehr noch vorhandenen Erben sich bestimmende Theilung statt findet, durch welche der mit der Delation gegebene Theilungsmodus nicht blos zum Vortheile, sondern auch zum Nachtheile der noch vorhandenen Erben abgeändert werden kann.

---

12) Die *successio in stirpes* und *in lineas* führt ein der *re et verbis coniunctio* bei der testamentarischen Erbfolge entsprechendes Verhältniss herbei. Man könnte hier recht wohl von einer gesetzlichen Conjunktion sprechen und die in einem Stamme oder in einer Linie berufenen Erben als *lege coniuncti* bezeichnen.

13) Namentlich Mayer, Das Recht der Anwachsung, Tübingen 1835, S. 246 ff. und Fitting, im Archiv für die civilistische Praxis, Band 57, S. 153 ff.

Fitting führt (*l. c.* S. 155) eine Reihe von Stellen an, in welchen er sein Prinzip bestätigt zu finden glaubt:

L. 18 §. 3 *C. de jure delib.* 6, 30; §. 9 *J. de bon. poss.* 3, 9; *l.* 1 §. 10 *D. de succ. ed.* 38, 9; *Ulp.* 28, 11; *l.* 5 §. 2 *D. si tab. test. null.* 38, 6; *l.* 122 §. 1 *D. de legat. I.*

Zunächst ist jedoch gegen die Beweiskraft dieser Stellen einzuwenden, dass dieselben sich nur auf das vor Erlass der Novellen 118 und 127 geltende Intestaterbrecht beziehen und daher auf das Novellenrecht nur insofern Anwendung finden können, als dieses sich an das frühere Recht anschliesst. Das Recht der Novellen hat aber gerade mit Rücksicht auf unsere Frage eine erhebliche Neuerung getroffen. Nach vornovellischem Rechte war es nämlich in jeder Beziehung vollständig gleichgültig, ob gesagt wurde, eine durch Wegfall eines Erben vakant gewordene Portion falle den Miterben nach Massgabe der ihnen deferirten Erbtheile zu, oder aber ob als Theilungsmodus einer Erbschaft nach Wegfall eines Miterben der Satz aufgestellt wurde, es solle so verfahren werden, als ob der Weggefallene von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre. Erst durch das justinianische und das spätere gemeine Recht sind zwei im Folgenden noch näher zu erörternde Fälle geschaffen worden, in welchen die beiden hier einander gegenübergestellten Sätze zu verschiedenen Consequenzen führen.

Sodann aber geht aus dem Wortlaute der sämmtlichen oben angeführten Stellen hervor, dass es den Verfassern derselben durchaus ferne gelegen hat, ein Prinzip, wie dies Fitting aus denselben herleiten will, auszusprechen. Das prinzipale Verfahren beim Wegfall eines Erben ist, wie fast aus allen über das Accreszenzrecht handelnden Stellen hervorgeht, dieses, dass den Miterben die frei gewordene Portion nach Massgabe ihrer eignen Theile zufällt, und kann namentlich auch in den Zusätzen: *ac si prior ex eo numero non fuerit* (*l.* 1 §. 10 *D. cit.*) oder: *atque si filius non fuisset* (*l.* 5 §. 2 *D. cit*) keineswegs ein Prinzip für den Theilungsmodus einer Erbschaft, sondern nur die Andeutung eines sekundären Verfahrens erblickt werden, welches freilich seiner

grösseren Einfachheit wegen für die praktische Berechnung der Quoten den Vorzug verdient, im Uebrigen aber nur so lange verwendbar ist, als es zu demselben Resultate führt, wie das von uns bezeichnete prinzipale Verfahren[14]). Die Vorstellung des römischen Rechtes ist die, dass beim Wegfall eines Erben den Miterben die defizirende Quote accreszire, nicht aber, dass nunmehr eine andere Theilung eintrete, welche eventuell für den Miterben sogar eine Verminderung der ihm ursprünglich deferirten Quote, also eine Decreszenz, zur Folge haben könnte. Folgende Stellen geben dieser Vorstellung klaren Ausdruck: §. 4 *J. d. S. C. Orph.* 3,4; *l.* 9 *D. de suis et leg.* 38, 16; *l.* 3 §. 9, *l.* 4, *l.* 5 *D. de bon. poss.* 37,1; *Ulp.* 26,5; *l. un. C. quando non pet.* 6,10; *l.* 12 *D. de bon. poss. contra tab.* 37,4; *l.* 1 §. 12 *D. de conj. cum em. lib.* 37, 8.

In allen diesen Stellen wird von der Quote des weggefallenen Erben als einem selbständigen Objekte gesprochen und hervorgehoben, dass eben diese individuell bestimmte Quote den Miterben des Weggefallenen *iure accrescendi* zufalle, eine Auffassung, welche mit dem Fitting'schen Prinzip unvereinbar ist. Wenn nun auch bezüglich dieser Stelle mit demselben Recht wie bezüglich der von Fitting zum Beweise seines Prinzips angeführten Stellen gesagt werden kann und muss, dass sie sich vorab nur auf das vornovellische Recht beziehen, so ist demgegenüber jedoch in Betracht zu ziehen, dass, wenn man der Vertheilung einer Erbschaft nach Novellenrecht ein mit den früheren Begriffen nicht über-

14) Dass *l.* 2 *C. ad S. C. Orph.* 6, 57 Nichts beweist, ist von Mühlenbruch *l. c.* S. 297 ff. und Büchel *l. c.* S. 250 ff. hinreichend dargethan worden. In dieser Stelle wird über den Theilungsmodus einer Erbschaft im Allgemeinen nicht im Entferntesten Bestimmung zu treffen intendirt, sondern nur festgestellt, welchen Kindern die *materna hereditas* nach dem *S. C. Orph.* zufalle. Es wird hervorgehoben, dass es hier nicht, wie bei der *paterna hereditas,* auf die *superstites,* sondern nur auf die *succedentes* ankomme, dass sonach ein Erwerb *ipso iure* hier nicht stattfinde, vielmehr ein vollständiges *succedere* (welches die Acquisition in sich begreift) erforderlich sei.

einstimmendes Verfahren zu Grunde legen will, eine Berechtigung hierzu nur dann besteht, wenn die Neuerung entweder durch eine innere Nothwendigkeit oder durch die Macht einer positiven, die alte Anschauung durchbrechenden gesetzlichen Bestimmung begründet wird. Liegt aber Beides, wie dies hier der Fall ist, nicht vor, dann muss das alte Prinzip, wenn es jetzt auch in einigen Punkten zu andern Consequenzen führt, in Geltung bleiben, vorausgesetzt freilich, dass diese Consequenzen mit der Intention des neuen Gesetzes nicht in Widerspruch stehen. Ein solcher Widerspruch muss aber ebenfalls verneint werden, da Justinian bei Erlass der Novellen 118 und 127 wohl kaum an die uns hier beschäftigende Streitfrage, jedenfalls aber nicht an die Fitting'sche Entscheidung derselben gedacht hat.

In den Quellen ist sonach lediglich und allein das von uns vertheidigte Prinzip begründet. Ausserdem ist demselben auch aus inneren Gründen der unbedingte Vorzug zuzusprechen. Die Delation enthält nämlich, wie im Eingange dieser Abhandlung erwähnt wurde, die volle und unbeschränkte Befugniss, den deferirten Erbtheil zu erwerben (*l.* 151 *D.* 50,16 *cit.*). Wer daher auf Grund rechtmässig an ihn ergangener Delation die Quote, auf welche sich dieselbe erstreckt, erworben hat, ist bezüglich dieser Quote Erbe, und der Erwerb derselben kann nur in wenigen Ausnahmefällen mit dem Willen des Erben, nie aber durch eine ausserhalb seines Willens liegende Thatsache, wie der Wegfall eines Miterben, aufgehoben oder eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung würde aber möglich sein, wie später gezeigt wird, gälte das Fitting'sche Prinzip.

Die Fälle, in welchen nach dem novellischen und späteren Rechte die beiden hier in Frage stehenden Vertheilungsarten zu verschiedenen Resultaten führen, sind folgende:

1. Nach dem Rechte der Novellen erben Aszendenten, wenn sie alleinige Intestaterben sind, nach Linien, so dass das ganze Vermögen des Erblassers in zwei Hälften getheilt wird, von denen die eine den väterlichen, die andere den

mütterlichen Aszendenten deferirt wird[15]), so jedoch, dass vorab jeder im Grade nähere Aszendent den entfernteren ausschliesst. Sind aber neben Aszendenten noch Geschwister oder Geschwisterkinder vorhanden, so erhalten erstere Kopftheile, welche sich nach der Anzahl der erbberechtigten Aszendenten, der Geschwister und Geschwisterkinderstämme bestimmen. Diese Kopftheilung würde sich nun, wenn der Moment der Acquisition für die Quotenbestimmung massgebend wäre, nach dem Wegfall der neben den Aszendenten gerufenen Geschwister oder Geschwisterkinder in eine Linealtheilung verwandeln müssen, während das andere Prinzip, welches mit der Delation die Quotenbestimmung und den ganzen Theilungsmodus als fest gegeben erachtet, zu dem Resultate führt, dass auch der Wegfall sämmtlicher Geschwister und Geschwisterkinder an der einmal begründeten Kopftheilung auch für die schliesslich allein Erben werdenden Aszendenten nichts mehr ändert.

2. Die nach dem Novellenrecht bestehende Streitfrage, ob dann, wenn nur Geschwisterkinder zur Erbschaft berufen sind, *successio in stirpes* oder *in capita* statt finde, wurde auf dem Reichstage zu Speyer im Jahre 1529 entgegen der bis dahin die *successio in stirpes* bevorzugenden herrschenden Meinung, welche nach den Bestimmungen der Novellen auch wohl als die allein richtige betrachtet werden musste, zu Gunsten der *successio in capita* entschieden[16]). Führt demnach etwa der Wegfall eines Bruders des Erblassers, der neben einer Anzahl von Geschwisterkindern verschiedener Stämme berufen war, dazu, dass letztere allein erben, so tritt, wenn der Moment der Acquisition den Theilungsmodus der Erbschaft bestimmt, Kopftheilung, wenn aber der Moment der Delation für die Quotenbestimmung als massgebend betrachtet wird, Stammtheilung ein.

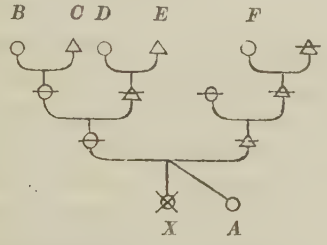
---

[15]) Die *divisio in lineas* findet nur einmal statt; eine *subdivisio in lineas* kennt das Novellenrecht nicht (*nov.* 118 *cap.* 2).

[16]) Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, 2. Aufl., S. 664 ff.

Folgende Schemata mögen veranschaulichen, zu welchen Resultaten die Accreszenz einer defizirenden Portion in den beiden vorangeführten Fällen bezüglich der Vertheilungsart der Erbschaft führt:

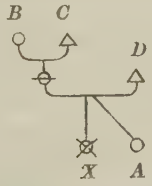
1.



Die nächstberechtigten Intestaterben des Erblassers *X* sind *A, B, C, D, E* und *F*. Jedem von diesen wird $^1/_6$ der Erbschaft deferirt. Fällt nun *A* vor der Acquisition seiner Quote weg, so tritt Accreszenz zu Gunsten von *B, C, D, E* und *F* ein, so zwar, dass jedem von diesen ein gleicher Theil des frei gewordenen Sechstels zu dem eignen Sechstel accreszirt, wodurch bewirkt wird, dass schliesslich jeder der 5 noch vorhandenen Erben je $^1/_5$ der Erbschaft erhält. — Das Fitting'sche Prinzip würde hier dahin führen, dass nach Wegfall des *A* die vorher stattgefundene Delation, welcher eine *successo in capita* zu Grunde lag, aufgehoben und eine Delation mit andrer Quotenbestimmung Platz greifen würde, so dass nunmehr *successio in lineas* eintreten würde. Es würden hiernach schliesslich *B, C, D* und *E* je $^1/_8$, *F* dagegen $^1/_2$ erhalten. Für *B, C, D* und *E* würde die Accreszenz sich alsdann in eine Decreszenz verwandeln [17]).

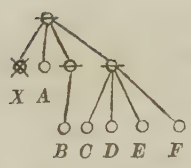
---

[17]) Dasselbe Resultat würde nach folgendem Schema eintreten,



wenn *D* wegfiele und nunmehr *B* und *C*, die bis dahin noch nicht berufen

2.



Nach dem Tode des *X* werden zur Erbschaft berufen *A* und *B* zu je $^1/_3$, *C*, *D*, *E* und *F* zu je $^1/_{12}$. Nach Wegfall von *A* accreszirt seine Portion seinen Miterben nach Verhältniss der diesen deferirten Quoten, sodass schliesslich *B* $^1/_2$, *C*, *D*, *E* und *F* aber je $^1/_8$ erhalten. Würde die nach dem Wegfalle des *A* eintretende Accreszenz sich in der Weise vollziehen, dass nach der Zahl und Erbberechtigung der im Momente der Acquisition noch vorhandenen Erben der endgültige Theilungsmodus zu bestimmen wäre, so würde die im Momente der Delation begründete *successio in stirpes* der durch den Moment der Acquisition gegebenen *successio in capita* weichen müssen. Die Folge hiervon wäre die, dass *B*, *C*, *D*, *E* und *F* je $^1/_5$ erben würden; *B* würde sonach, wenn er vielleicht vor dem Wegfall des *A* das ihm deferirte Drittel erworben haben sollte, nunmehr in die Nothwendigkeit versetzt, hiervon $^2/_{15}$ herauszugeben und seinen Miterben *B*, *D*, *E* und *F* abzutreten. Die Accreszenz würde alsdann auch für ihn einen Verlust zur Folge haben.

Wir gehen über zu dem zweiten Theile unserer Abhandlung, nämlich zu der Frage, in welchem Verhältniss die Acquisition der den Intestaterben deferirten Erbquoten zum Acreszenzrechte steht.

---

waren, im Wege der speziellen Nachberufung neben *A* zur Erbschaft zugelassen würden. Es würde alsdann der Erbtheil des *A*, der vorher $^1/_2$ betrug, durch die jetzt eintretende Concurrenz von *B* und *C* auf $^1/_3$ reduzirt. Dass eine solche Reduktion aber nicht statt haben kann, folgt nicht blos aus dem, was oben (Note 1) ausgeführt wurde, sondern auch aus der hier in Betracht kommenden Thatsache, dass der durch die Delation gegebene Theilungsmodus für die Acquisition massgebend bleibt. Der Wegfall der *D* kann somit im vorliegenden Falle nur die Folge haben, dass die hierdurch vakant gewordene Portion dem *A*, als einzigem Miterben der *D* accreszirt, dass *A* sonach unter Ausschluss von *B* und *C* die ganze Erbschaft erhält.

Was zunächst den Zeitpunkt betrifft, in welchem die einem Intestaterben deferirte Erbschaft als von diesem erworben anzusehen ist, so fällt derselbe entweder mit dem Zeitpunkt der Delation zusammen oder bestimmt sich durch eine spätere Willenserklärung des Delaten. Die sogenannten *sui heredes*, das sind diejenigen Deszendenten, welche zur Todeszeit des Erblassers in dessen unmittelbarer väterlicher Gewalt gestanden haben, erwerben die Erbschaft sofort im Momente der Delation. Delation und Acquisition fallen daher bei ihnen zusammen [18]). Alle übrigen Intestaterben (*heredes extranei*) können eine ihnen deferirte Erbschaft nur erwerben zufolge besonderer auf den Erwerb gerichteter Willensäusserung, welche im justinianischen Rechte an besondere Formen nicht mehr geknüpft ist und daher sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann [19]). Als Zeitpunkt der Acquisition ist daher im letzteren Falle der Moment zu betrachten, in welchem diese Willensäusserung erkennbar ins Dasein tritt.

Die Acquisition ist nun aber in Bezug auf das Accreszenzrecht von wesentlicher Bedeutung und zwar sowohl diejenige, welche von dem defizirenden Erben, als auch diejenige, welche von den Miterben desselben ausgeht, indem, wie oben bereits gesagt wurde, die erstere als Ausschliessungsgrund, die letztere als persönliche Vorbedingung des Accreszenzrechts erscheint.

Dass die Acquisition der eignen Erbtheile auf Seiten der Mitdelaten des weggefallenen Erben die nothwendige Voraussetzung ihres Accreszenzrechts bildet, liegt in der Natur der Sache. Nur das Eine ist hier hervorzuheben, dass derjenige Mitdelat, welcher seine eigne Quote erworben hat, eben hierdurch auch sofort, nachdem die Defizienz eingetreten, bezüglich des auf ihn entfallenden Theils der vakant gewordenen Portion und zwar ohne eine besondere auf

---

18) *l.* 14 *D. de suis et leg. her.* 38, 16; §. 2 *J. de her. quae ab int. defer.* 3, 1.

19) §. 7 *J. de her. qualit.* 2, 19.

den Erwerb dieses Theils gerichtete neue Acquisitionshandlung Erbe wird [20]), während andrerseits derjenige Mitdelat, welcher seine eigne Quote noch nicht erworben hat, nunmehr diese nur mit dem infolge der Defizienz zu derselben *ipso iure* hinzutretenden Zuwachs erwerben kann [21]).

Die Acquisition auf Seiten des defizirenden Erben bildet einen Ausschliessungsgrund des Accreszenzrechts, d. h. der einmal von einem Erben vorgenommene Erwerb der ihm deferirten Quote schliesst das Accreszenzrecht der Miterben auch dann aus, wenn die erworbene Quote demnächst dadurch, dass der geschehene Erwerb rückgängig gemacht wird, defizirt [22]). Der bereits vollzogene Erwerb einer Erbportion kann aber rückgängig gemacht werden hauptsächlich in zwei Fällen, nämlich durch die Geltendmachung entweder des *ius abstinendi* oder des *beneficium in integrum restitutionis*. Das *ius abstinendi* steht dem *suus* zu, so lange sich derselbe in die durch die Delation bereits von ihm erworbene Erbquote nicht immiszirt hat. Die *in integrum restitutio* kann derjenige Erbe beanspruchen, der durch die Antretung einen erheblichen Vermögensnachtheil erlitten hat und einen gerechten Grund anzugeben vermag, der es billig erscheinen lässt, ihn gegen diesen Nachtheil zu schützen. Einen solchen Grund bildet hier vornehmlich und hauptsächlich die *minor aetas*.

Anlangend zunächst den Fall der *abstentio sui* bestimmt *l.* 55 *D. de a. v. o. h.* 29, 2 Folgendes: *Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo sive extraneo, defertur, ut aut totam agnoscat, aut a toto recedat,*

20) *l.* 53 §. 1 *D. de a. v. o. h.* 29, 2.

21) Windscheid *l. c.* §. 603, Note 6.

22) Baumeister *l. c.* S. 130 ff.; Mayer *l. c.* S. 49 ff. und S. 265, 266; Schmidt (von Ilmenau), Von dem Anwachsen eines erworbenen und wieder aufgegebenen Erbtheils, Civilistische Abhandlungen I, S. 63 ff.; Puchta, *de adcrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lipsiae* 1842; Mühlenbruch, *l. c.* 42. Theil, S. 355 ff., 43. Theil, S. 123 ff.; Witte in Weiske's Rechtslexikon, Band 1, S. 273 ff.

et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat.

In dieser Stelle wird klar und deutlich gesagt, dass allemal, wenn ein *suus* abstinirt, dem Miterben desselben, gleichviel ob derselbe ebenfalls *suus* oder aber *extraneus* ist, die Wahl angeboten wird, entweder die ganze Erbschaft zu agnosziren oder auf die ganze Erbschaft zu verzichten. Es liegt unserer Ansicht nach durchaus kein Grund vor, die Stelle nur auf den Fall zu beziehen, dass der Miterbe entweder als *suus* sich schon immiszirt oder als *extraneus* bereits angetreten habe, und kann dies insbesondere auch aus dem Zusatze: *„et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat“* nicht gefolgert werden [23]). Dieser Zusatz hat freilich den Fall vor Augen, dass der Miterbe seine eigne Quote bereits erworben habe; hieraus aber den Schluss zu ziehen, dass dem voraufgehenden Vordersatze, der kein Wort von einer stattgehabten Immixtion oder Antretung des Miterben enthält, das gleiche Verhältniss zu Grunde zu legen sei, ist unstatthaft. Wenn nämlich Marcianus in unserer Stelle zuerst ganz allgemein sagt, dass dann, wenn ein *suus* sich der Erbschaft seines Vaters entschlage, dem Miterben das vorgedachte Wahlrecht angetragen werde, und dann wörtlich fortfährt: „und auf diese Weise kann sich Jemand wegen eines Andern abstiniren, der es um seiner eignen Person willen nicht konnte,“ so wird hierdurch von den mancherlei Consequenzen des an die Spitze gestellten allgemeinen Satzes eine und zwar die wesentlichste und auffallendste hervorgehoben, die aber den Vordersatz auf den ihr zu Grunde liegenden speziellen Fall einzuschränken weder bestimmt noch geeignet ist. — Das dem Miterben offerirte Wahlrecht geht dahin, entweder den eignen Erbtheil in Verbindung mit dem vakant gewordenen zu agnosziren (*ut aut totam agnoscat*) oder beide fahren zu lassen (*aut a toto recedat*). Der Prätor stellt hiernach das Erforderniss auf, dass der Miterbe, welcher Erbe werden

23) Schmidt, *l. c.* S. 73.

will, die *bonorum possessio* bezüglich der beiden Theile agnosziren müsse, so dass konsequenter Weise selbst der Civilerbe zur Agnition gezwungen wäre. Wenn es nun zwar richtig ist, dass in die erledigte Portion, die ja nur im Sinne des Prätors, nicht aber nach Civilrecht als erledigt zu betrachten ist, nur prätorisches Erbrecht möglich ist, so hat doch der Prätor aus praktischen Gründen davon abgesehen, dass nun auch der Civilerbe förmlich die *bonorum possessio* sich erbitten müsse, vielmehr legt er der Immixtion bezw. der Antretung des Civilerben die volle Wirkung der *agnitio bonorum possessionis* bei. Bezüglich der Immixtion geht dies unbestreitbar aus *l.* 38 *D. de a. v. o. h.* 29, 2 hervor:

Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est, hunc non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat: qui enim scit aut scire potuit, illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur.

Der Erblasser hinterlässt zwei *sui* als einzige Erben. Der eine abstinirt, während der andere eine Immixtionshandlung noch nicht vorgenommen hat. Der letztere wird nun nach *l.* 55 *cit.* vor die Alternative gestellt, entweder das Ganze zu agnosziren oder vom Ganzen zurückzutreten, *L.* 38 *cit.* legt aber schon der einfachen Immixtion die Wirkung des Erwerbs der ganzen Erbschaft bei. Hieraus erhellt, dass beim *suus* als Civilerben die Immixtion die *agnitio bonorum possessionis* ersetzt. Da aber der *immixtio sui* mit Bezug auf den vorliegenden Fall die *aditio extranei* durchaus gleich zu achten ist, muss dieser hier auch die gleiche Wirkung beigelegt werden. Puchta (*l. c.* S. 4) stellt entgegen der von uns vertretenen Auffassung den Satz auf: *Quod accedit, cedit principali; heredi igitur hereditatem, bonorum possessori possessionem augeri dicendum erit.* Der Civilerbe soll hiernach die freigewordene Quote nach Civilrecht, der *bonorum possessor* nach prätorischem Rechte erwerben. Diese Ansicht ist jedoch zu verwerfen, indem der Civilerbe, der vor der Abstention des miterbenden *suus* seine eigne Quote *civiliter* erworben hatte, kraft prätorischer Bestimmung nach der

Abstention sein civiles Erbrecht auf jeden Fall verliert und seine eigne Quote nur dann behalten kann, wenn er dieselbe in Verbindung mit der vakant gewordenen agnoszirt. Wenn auch der Prätor den *suus* durch Immixtion und den *extraneus* durch Adition schon erwerben lässt, so sind diese dem Civilrechte angehörenden Erwerbungsarten hier nur als Ersatz der *agnitio bonorum possessionis* zu betrachten. Denn dass in der That das durch dieselben eröffnete Erbrecht nur ein prätorisches ist, erhellt unbestreitbar aus *l.* 99 *D. de a. v. o. h.* 29, 2: *Aristo in decretis Frontonianis ita refert, cum duae filiae patri necessariae heredes exstitissent, altera se paterna abstinuerat hereditate, altera bona paterna vindicare totumque onus suscipere parata erat, Sanctum Cassium Praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum, recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accesserat, denegaturumque ei, quae se abstinuerat.*

Zwei Töchter erwerben die Erbschaft ihres Vaters als *necessariae heredes*. Die eine derselben abstinirt. Die andre macht hierauf von dem ihr zustehenden Wahlrecht, entweder das Ganze zu erwerben oder auf das Ganze zu verzichten, in der Weise Gebrauch, dass sie sich für den Erwerb entscheidet. Ausdrücklich wird nun in der Stelle hervorgehoben, dass ihr die *actiones hereditariae* nur als *utiles* gegeben werden sollen. *Actiones hereditariae utiles* setzen aber ausschliesslich prätorisches Erbrecht voraus. Es dürfen auch die beiden Theile nicht etwa in der Weise geschieden werden, dass nur bezüglich des durch Abstention vakant gewordenen prätorisches Erbrecht eintrete, es geht vielmehr daraus, dass in der Stelle allgemein nur von *paterna hereditas* und *totum onus* gesprochen wird, klar hervor, dass die *utiles actiones* sich auf die ganze Erbschaft und nicht blos auf den nachträglich erworbenen Erbtheil beziehen, dass daher auch bezüglich des ursprünglich *civiliter* erworbenen Erbtheils nachträglich prätorisches Erbrecht Platz greift[24]).

---

24) Schmidt, *l. c.* S. 75.

Das dem Miterben zustehende Wahlrecht ist aber bedenklich und führt zu Unbilligkeiten dann, wenn den Erbschaftsgläubigern durch den nachträglichen Verzicht eines Miterben, der bereits für seine eigne Quote Erbe geworden war, die ihnen in der Person desselben gebotene Garantie für die Befriedigung ihrer Guthaben entzogen wird. Um den Gläubigern daher das von ihnen durch den Erwerb der einem Miterben zufallenden Quote gegen diesen erworbene Recht zu konserviren, ist in dem Schlusssatze von *l.* 55 *D. cit.* folgende Bestimmung getroffen:

Si tamen creditores dicant, se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut eius actiones ei, qui convenitur, dentur.

Wenn somit die Gläubiger verhüten wollen, dass ihnen die Creditgarantie, welche ihnen der Miterbe durch den stattgefundenen Erwerb seiner Quote geboten hat, in Ausübung des demselben zustehenden Wahlrechts verloren gehe, so können sie diesen Zweck dadurch erreichen, dass sie auf die Befriedigung, welche ihnen aus der vakant gewordenen Portion zusteht, verzichten und die Klagen derselben dem Miterben überlassen. Der Prätor will nämlich den Miterben nur schützen gegen die Nachtheile, die ihm durch den Erwerb der frei gewordenen Portion entstehen könnten. Sind diese Nachtheile nun aber durch den Verzicht der Gläubiger weggefallen, so liegt kein Grund mehr vor, weshalb sich der Miterbe nunmehr noch von dem Erwerbe seiner eignen ihm vielleicht lästig gewordenen Quote sollte befreien können. Dies ist die dem Wortlaute allein entsprechende Erklärung der vorangeführten vielbestrittenen Stelle[25]).

---

[25]) Es muss freilich mit Mühlenbruch (*l. c.* 42. Theil S. 366 Note 84 und 43. Theil S. 135 und 136), der die Stelle fälschlich auch auf den durch *in integrum restitutio* erledigten Erbtheil bezieht, zugegeben werden, dass es schwer begreiflich ist, „weshalb die Gläubiger dem Miterben den anwachsenden Theil schuldenfrei überlassen sollten", da dem Miterben doch hinreichend geholfen wäre, wenn er nur für die Schulden

Den zweiten Fall der Aufhebung des bereits vollzogenen Erwerbs einer Erbschaftsquote schafft die vom Prätor einem Erben gewährte *in integrum restitutio.* Die Frage, in welches Verhältniss die Miterben zu der hierdurch vakant gewordenen Portion treten, finden wir kurz und klar beantwortet in *l.* 61 *D. de a. v. o. h.* 29,2: *Si minor annis, posteaquam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est, Divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur.*

In dieser Stelle heisst es, dass der Miterbe nicht gezwungen werden solle, die frei gewordene Portion zu übernehmen. Er kann sie sonach übernehmen, braucht es aber nicht. Wenn er sie nicht übernimmt, trifft ihn hier nicht wie bei der Abstention der Nachtheil, dass er nun auch seine eigene Quote aufzugeben genöthigt wäre, es wird vielmehr die erledigte Quote einfach den Gläubigern überwiesen. Die Stelle lässt es vollständig dahingestellt, ob der *coheres* seine eigene Quote angetreten habe oder nicht; auch liegt ein innerer Grund durchaus nicht vor, etwa anzunehmen, dass nur der Miterbe, welcher schon angetreten habe, hier gemeint sei, vielmehr muss man dem noch deliberirenden Miterben dasselbe Recht zugestehen, wie demjenigen, der seinen Erbtheil bereits erworben hat. Nach vollzogener *in integrum restitutio* eines Erben wird demnach dem Miterben desselben die Wahl angeboten, wenn er seinen Theil erworben hat: entweder neben dem eignen auch den erledig-

---

des erledigten Theils mit seinem eignen Vermögen nicht zu haften brauchte. Der Wortlaut der Stelle lässt aber eine andere, als die im Texte angegebene Erklärung nicht zu, und wenn Mühlenbruch nichts Anderes für die von ihm gegebene Erklärung der Stelle anzugeben weiss, als dass dieselbe natürlicher sei und ein logisch richtigeres Resultat herbeiführe, so ist dem entgegenzuhalten, dass die logische Interpretation einer Gesetzesstelle von der grammatischen sich niemals soweit trennen darf, dass die erstere zu Resultaten gelangt, welche mit den Ergebnissen der letzteren unvereinbar sind. Es gibt im römischen Rechte eben auch Bestimmungen, welche hätten besser sein können. Kein Werk menschlicher Thätigkeit ist so vollendet, dass sich nicht kleine Fehler an ihm finden sollten.

ten Theil zu erwerben oder auf den letzteren zu verzichten; wenn er seinen Theil noch nicht erworben hat: entweder mit dem eigenen auch den erledigten Theil oder den eigenen Theil allein oder keinen von beiden zu erwerben[26]). Mit der Quote des Miterben wird sonach die erledigte Quote nur insoweit in Verbindung gebracht, als die letztere nur beim Erwerbe der ersteren vom Miterben erworben werden kann, wogegen aber ein selbständiger Erwerb der ersteren ohne die letztere durchaus nicht ausgeschlossen ist[27]).

Es kann hiernach weder im Falle der Abstention noch im Falle der *in integrum restitutio* von einer Accreszenz der infolge dieser prätorischen Rechtswohlthaten defizirenden Portion die Rede sein. Bei der *in integrum restitutio* hängt der Erwerb der erledigten Portion ausschliesslich vom Willen des Miterben ab. Dieser kann sie erwerben und ausschlagen ganz nach Belieben, ohne hierdurch an dem Erwerbe seiner eignen Quote in irgend einer Weise behindert zu sein. Bei der Abstention wird die defizirende Portion zwar insofern mit den übrigen Erbtheilen in nähere Verbindung gebracht, als der Miterbe seine eigene Quote nur zusammen mit der erledigten erwerben kann, jedoch ist dem Willen des Miterben immer noch ein grosser mit der Natur des Accreszenzrechts unvereinbarer Spielraum gelassen, da es dem Miterben durchaus überlassen und anheim gegeben ist, dann,

---

26) Die Consequenzen, welche Schmidt (*l.* c. S. 87) aus *l.* 98 *D. de a. v. o. h.* 29, 2 zieht, fallen zusammen, wenn man erwägt, dass die dort erwähnte Erbin *Seia* von dem ihr nach erfolgter *in integrum restitutio* ihrer sämmtlichen Miterben zustehenden Wahlrecht, zu ihrem eignen Theile auch die erledigten Theile zu erwerben oder auf die letzteren zu verzichten, in der Weise Gebrauch gemacht hat, dass sie durch *aditio* bezw. *pro herede gestio* die ganze Erbschaft erworben hat (*quae sola heres remansit, et omnia ut sola heres egerat*).

27) Es sei erwähnt, dass Alles, was im Texte von der Behandlung der durch Abstention und Restitution freigewordenen Quote gesagt wurde, sich nicht blos auf die gesetzliche, sondern auch auf die testamentarische Erbfolge bezieht, da die in Betracht kommenden Gesetzesstellen (*l.* 55, *l.* 38, *l.* 99 und *l.* 61 *D. cit.*) ganz allgemein sprechen, ohne zwischen gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge einen Unterschied zu machen.

wenn er seine eigne Quote bereits erworben hat, diese mit der ihm zugedachten durch Abstention erledigten Quote zurückzuweisen. Ein wesentliches Requisit des Accreszenzrechts ist aber die Rechtsnothwendigkeit desselben, darin bestehend, dass der Erwerb der defizirenden Portion durch den Miterben sich ohne dessen Wissen und Willen vollzieht, dass dieser, einmal Erbe geworden, stets genöthigt ist, sich den Erwerb eines entsprechenden Theils defizirender Portionen gefallen zu lassen[28]).

Ein anderer Grund, welcher die Annahme, dass der durch *abstentio* oder *in integrum restitutio* freigewordene Erbtheil den Miterben *iure accrescendi* zufalle, widerlegt, ist der, dass der einmal vollzogene Erwerb einer Erbschaftsquote seine dauernde Wirkung beibehält (*semel heres semper heres*). Mag der Erwerb *ipso iure* oder durch eine besondere Antrittshandlung stattgefunden haben, die Quote, auf welche derselbe sich erstreckt, geht stets in das Vermögen des Erwerbers über. Diese Thatsache äussert auch dann ihre Wirkungen, wenn der Prätor durch ausserordentliche Rechtsmittel den geschehenen Erwerb wegen seiner den Erwerber treffenden, von diesem nicht verdienten nachtheiligen Folgen rückgängig macht[29]). Wenn daher der Miterbe die durch Abstention oder Restitution freigewordene Quote in Ausübung des ihm verliehenen Wahlrechts erwirbt, so kann hier nicht von dem Erwerbe einer Erbschaftsquote als solcher, sondern nur von dem Erwerbe eines bereits in das Vermögen eines Andern übergegangenen früheren Bestandtheils der Erbschaft die Rede sein. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung darin, dass die Dispositionen, welche der Restituirte vor der Restitution vorgenommen hat, nach derselben als rechtsgültig bestehen bleiben[30]).

---

28) *l.* 31, *l.* 53 §. 1 *D. de a. v. o. h.* 29, 2; *l.* 2 §. 8 *D. de b. p. sec. tab.* 37, 11; *l. un.* §. 10 *C. de cad. toll.* 6, 51.

29) *l.* 30 §. 10 *D. de fid. lib.* 40, 5: *non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se.*

30) *l.* 44 *D. de re iud.* 42, 1.